



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

Weichenstellungen im Kartellrecht

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-85091>

Journal Article

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2013). Weichenstellungen im Kartellrecht. Schweizerische Juristen-Zeitung, 109:373-381.

Weichenstellungen im Kartellrecht

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann, Universität Zürich¹

I. Einleitung

Seit Inkrafttreten des aktuell geltenden Kartellgesetzes im Jahr 1996 und der Einführung direkter Sanktionen 2004/05 befindet sich das schweizerische Kartellrecht auf gerader Spur: Der Wettbewerb soll im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gefördert werden (Art. 1 KG), und das Gesetz stellt hierfür gewichtige Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung. Die Bewertung der Anwendungsinstrumente im Rahmen der 2007/08 durchgeführten Evaluation des Kartellgesetzes fiel überwiegend positiv aus; es wurde aber auch Handlungsbedarf festgestellt.² Die Aufwertung des Schweizer Frankens, die 2011 ihren Höhepunkt erreichte, intensivierte die Diskussion um den Beitrag des Kartellrechts zur Schleifung der Hochpreisinsel Schweiz. Ausserdem entstand eine Kontroverse über die Vereinbarkeit der behördlichen Bussgeldkompetenz mit rechtsstaatlichen Grundprinzipien.

Im vorliegenden Beitrag werden die jüngeren Entwicklungen daraufhin untersucht, ob die kartellrechtlichen Weichen neu gestellt werden müssen. Ganz im Vordergrund stehen dabei die Vorschläge, die im Rahmen der anstehenden Revision des Kartellgesetzes diskutiert werden (II. Gesetzgebung). Zwei Entscheiden des Bundesgerichts ist ebenfalls Grundlagencharakter zuzumessen (III. Gerichtsentscheide). Ausserdem sollen in aller Kürze die Leitplanken skizziert werden, die sich aus der Entscheidpraxis der Wettbewerbskommission (Weko) ergeben (IV. Praxis der Weko).

II. Gesetzgebung

Im Februar 2012 hat der Bundesrat die Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes vorgelegt.³ Im März 2013 hat der Ständerat das Geschäft behandelt und ist dabei zum Teil markant von den Vorschlägen des Bundesrats abgewichen.⁴ Nun liegt das Projekt beim Nationalrat. Alle drei Säulen des materiellen Kartellrechts sind von der Revision des Kartellgesetzes betroffen. Hinzu treten die Vorschläge zur Änderung der Durchsetzungsmechanismen sowohl beim *public enforcement* als auch beim *private enforcement*. Die Bewertung der verschiedenen Vorschläge fällt gemischt aus.⁵

A. Wettbewerbsabreden

1. Ausgangspunkt

Das geltende Recht enthält Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, nämlich für horizontale Preis- und Mengenabsprachen sowie Marktaufteilungen und für vertikale Preisbindung sowie absoluten Gebietsschutz. In der Praxis werden diese Vermutungen i.d.R. widerlegt. Es ist dann eine umfassende

¹ Vizepräsident der Wettbewerbskommission; der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck. Der Text beruht auf einem Vortrag vor der Ius Alumni-Organisation der Universität Zürich am 21.3.2013.

² Evaluationsgruppe Kartellgesetz: Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG (2009).

³ Botschaft des Bundesrates vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905.

⁴ Ständerat, 21.3.2013, Geschäft 12.028 – Kartellgesetz.Änderung, Wortprotokoll im Amtlichen Bulletin unter www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm.

⁵ Zur KG-Revision s. beispielsweise Vincent Martenet/Andreas Heinemann, Schweizer Kartellrecht im Umbruch, EuZW 2012 867 ff.; Roger Züch/Rolf H. Weber/Andreas Heinemann (Hrsg.): Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler (2012); Beat Zirlick/Bendicht Lüthi/Frank Stüssi, Die Revision des Kartellgesetzes – ein Zwischenbericht, ZSR 132 (2013) I 27, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

wettbewerbliche Wirkungsanalyse erforderlich. Dies gilt selbst für harte Kartelle und für Kernbeschränkungen im Vertikalverhältnis. Anders verhält es sich im EU-Kartellrecht: Bei *bezielten* Wettbewerbsbeschränkungen ist keine Wirkungsanalyse erforderlich. Bezweckung im Sinn des europäischen Kartellrechts liegt bei allen Kernbeschränkungen vor. Das EU-Gericht (erster Instanz) hat im spanischen *Glaxo*-Fall zwar die Auffassung vertreten, dass eine Bezweckung nur vorliegen könne, wenn negative Wirkungen auf die Konsumenten nachgewiesen werden. Der EU-Gerichtshof (EuGH) ist dem aber nicht gefolgt: Die Behinderung von Parallelimporten ist eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, ohne dass es des Nachweises nachteiliger Wirkungen für die Konsumenten bedarf.⁶ In der Rechtssache *Expedia* hat der EuGH hinzugefügt, dass eine Vereinbarung, die "einen wettbewerbswidrigen Zweck hat, ihrer Natur nach und unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar[stellt]".⁷

2. Teilkartellverbote

Der Bundesrat schlägt vor, die fünf in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Vermutungstatbestände in Teilkartellverbote umzuwandeln. Dies würde zu einer Annäherung an das europäische Kartellrecht führen. Es wäre nur noch erforderlich, das Vorliegen einer der fünf Kernbeschränkungen nachzuweisen. Die Pflicht zur umfassenden Wirkungsanalyse entfielen.

Zur Ausräumung von Missverständnissen sei hervorgehoben, dass es sich bei den Teilkartellverboten nicht um *per se*-Verbote handelt: Die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung bleibt bestehen. Positive Wirkungen von Wettbewerbsabreden werden also wie nach geltendem Recht berücksichtigt. Die vorgeschlagenen Teilkartellverbote führen auch nicht zu einer Beweislastumkehr: Die Weko hat nicht nur den Tatbestand des Teilkartellverbots zu beweisen, sondern ist nach dem Untersuchungsgrundsatz auch dazu verpflichtet, die Fakten zu ermitteln, die für die Effizienzrechtfertigung relevant sind, wobei die Parteien eine Mitwirkungspflicht trifft. Die Folgen der Beweislosigkeit hat allerdings das Unternehmen zu tragen. Auch dies ist aber keine Änderung im Vergleich zum geltenden Recht. Es ist vom Bundesgericht anerkannt, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen das Risiko tragen, dass die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung nicht nachgewiesen werden können.⁸

Die Neustrukturierung der kartellrechtlichen Tatbestände reduziert die nach geltendem Recht vorgegebene vierstufige auf eine zweistufige Prüfung. Es wäre nicht mehr – wie nach geltendem Recht – nötig, erstens die Vermutungsbasis, zweitens die Widerlegung der Vermutungsfolge, drittens das Vorliegen einer erheblichen Beeinträchtigung und viertens die Effizienzrechtfertigung zu prüfen. Nach der Logik der Teilkartellverbote wäre es nur noch erforderlich, erstens den einschlägigen Verbotstatbestand und zweitens die Effizienzrechtfertigung zu untersuchen.

3. Vorteile des Teilkartellverbots

Die (partielle) Annäherung an das EU-Kartellrecht ist kein Selbstzweck, sondern führt zu wichtigen Fortschritten. Die bisher bei Widerlegung der Vermutung bestehende Pflicht zu einer umfassenden Wirkungsanalyse selbst bei Kernbeschränkungen stiftet keinen Nutzen. Kapazitäten der Wettbewerbsbehörde, die an anderer Stelle sinnvoller eingesetzt werden

⁶ EuGH, 6.10.2009, Rs. C-501/06 P u.a. – *GlaxoSmithKline Services u.a./Kommission*, Slg. 2009, I-9291, Tz. 55 ff., insbesondere 62-64.

⁷ EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 – *Expedia* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 37.

⁸ BGer v. 6.2.2007, 2A.430/2006, E. 10.3. In der Diskussion werden subjektive Beweislast (also die Beweisführungslast) und objektive Beweislast (Risiko eines *non liquet*) nicht immer deutlich voneinander getrennt. Zu begrüßen ist deshalb die (allerdings sprachlich verbesserungsfähige) Klarstellung, die der Ständerat ergänzt hat ("wobei hierfür die Unternehmen diese Rechtfertigungsgründe geltend zu machen haben und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen haben").

könnten, werden durch die Pflicht zu aufwendigen Marktanalysen unnötig gebunden. Die Neuregelung ist zudem ökonomisch überzeugender: Die Effizienzrechtfertigung findet im Bereich der Kernbeschränkungen immer Anwendung, während sie nach geltendem Recht nur bei Umstossung der Vermutungen gilt.

Ein weiterer Vorteil betrifft die Rechtssicherheit. Im Zusammenhang mit Compliance-Anstrengungen wird immer wieder darauf hingewiesen, wie wichtig es für die Unternehmen ist, klare Vorgaben zu erhalten. Die Grundregel (vor Prüfung der Effizienzrechtfertigung) sollte deshalb lauten: "Sprich mit Deinen Konkurrenten nicht die Preise ab!" Unklar ist dagegen das Gebot: "Sprich mit Deinen Konkurrenten nicht die Preise ab, ausser Dein Verhalten ist qualitativ oder quantitativ unerheblich!" Die Anordnung von Teilkartellverboten stiftet also bessere Orientierung.⁹

4. Vertikalabreden

Was die Wettbewerbsabreden im Vertikalverhältnis betrifft, so hatte die Evaluationsgruppe vorgeschlagen, die Vermutungen für Vertikalabreden (Art. 5 Abs. 4 KG) zu streichen.¹⁰ Sie verwies hierzu vor allem auf wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und auf einen internationalen Trend zur Flexibilisierung in Bezug auf Vertikalbeschränkungen.

Diese Begründung überzeugt nicht. Bei der ökonomischen Beurteilung wurden u.a. die Besonderheiten der Schweiz nicht ausreichend berücksichtigt. Die 2011 kulminierende Frankenstärke hat besonders deutlich gemacht, wie leicht das schweizerische Wirtschaftsgebiet vom Ausland abgeschottet werden kann, mit negativen Folgen vor allem für Konsumenten und kleine und mittlere Unternehmen. Auch kann die angebliche Lockerung des Kartellrechts in Bezug auf Vertikalbeschränkungen zumindest in Bezug auf die EU nicht bestätigt werden. Vertikale Preisbindung und absoluter Gebietsschutz sind dort auch in der jüngsten Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen schwarzgelistet.¹¹ Soeben hat die Europäische Kommission vorgeschlagen, das zweijährige Privileg für den Ausschluss passiver Verkäufe in Lizenzverträgen zu streichen.¹²

Teilkartellverbote für vertikale Preisbindung und absoluten Gebietsschutz sind wichtige Instrumente, mit denen das Kartellgesetz Preisdifferenzierung zum Nachteil Schweizer Abnehmer eindämmen kann.

Für ökonomische Stimmigkeit sorgt die Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung im Einzelfall. In diesem Zusammenhang sei – vor dem Hintergrund der kartellbehördlichen Praxis – hervorgehoben, dass der wirtschaftliche Nutzen vertikaler Preisbindung und absoluten Gebietsschutzes in allgemeinen Diskussionen oft behauptet, im konkreten Fall aber nur sehr selten vorgetragen wird. Zudem ist es erforderlich, dass die geltend gemachten Effizienzen nicht nur im Ausland, sondern auch in der Schweiz anfallen,¹³ was bei den beiden vertikalen Tatbeständen häufig zu verneinen sein wird.

5. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Werden rechtswidrige Wettbewerbsabreden durch die Organe eines Verbands getroffen, muss derzeit ein Verfahren gegen alle Verbandsmitglieder eröffnet werden.

Unternehmensvereinigungen als solche werden in der Definition der Wettbewerbsabrede in Art. 4 Abs. 1 KG nicht eigens aufgeführt. Es wäre im Interesse besserer Wirksamkeit des Kartellrechts wichtig, dass die Behörde auch direkt gegen Unternehmensvereinigungen

⁹ Vgl. *Zirlick/Lüthi/Stüssi* (Fn. 5) 37, die ebenfalls auf die Vorteile für die Rechtssicherheit und –klarheit hinweisen.

¹⁰ Evaluationsgruppe Kartellgesetz (Fn. 2) 73 ff.

¹¹ S. Art. 4 lit. a und b Verordnung (EU) Nr. 330/2010 (Gruppenfreistellungsverordnung Vertikalvereinbarungen), ABl. 2010 L 102/1.

¹² European Commission, MEMO/13/120 v. 20.2.2013, 3.

¹³ S. die Botschaft (Fn. 3) 3943: "Sodann müssen Effizienzvorteile auch im schweizerischen Wirtschaftsraum anfallen".

vorgehen kann. Diese sollten deshalb (wie im europäischen Kartellrecht) als Adressaten des Kartellrechts (in Art. 4 Abs. 1 und Art. 49a Abs. 1 KG) berücksichtigt werden.

B. Einseitiges Unternehmensverhalten: Unzulässige Preisdifferenzierung

1. Vorschlag eines Art. 7a KG

Art. 7 KG soll nach dem Votum des Ständerats (entgegen der Botschaft des Bundesrats) durch einen Art. 7a KG über "Unzulässige Behinderung des Einkaufs im Ausland" ergänzt werden. Nach dieser Vorschrift verhalten sich Unternehmen in OECD-Staaten unzulässig, wenn sie Nachfrager aus der Schweiz (Konsumenten oder Unternehmen) nicht zu den ausländischen Preisen und Geschäftsbedingungen bedienen, soweit die betreffenden Waren oder Leistungen auch in der Schweiz angeboten werden. Voraussetzung der Unzulässigkeit ist, dass entweder der Verkaufspreis "dort"¹⁴ öffentlich bekannt gemacht wurde, oder dass die Nachfrager auf die Produkte "angewiesen" sind.¹⁵ Die Vorschrift greift nur, wenn die Nachfrager die betreffenden Produkte nicht zu vergleichbaren Preisen und Konditionen in der Schweiz erwerben können, und wenn keine Effizienzrechtfertigung für die Verweigerung der Belieferung zu ausländischen Konditionen besteht.

2. Hintergrund

Für das Verständnis von Art. 7a KG ist ein Blick auf die Entstehungsgeschichte wichtig. Am Anfang stand ein Vorschlag, der sehr viel weiter ging: Die Motion *Birrer-Heimo* schlug vor, es ausländischen Anbietern zu verbieten, Schweizer Kunden die Belieferung zu den im Ausland praktizierten Konditionen zu verweigern. Die Motion bezog sich auf Markenartikel; in ihrem Mittelpunkt stand der Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.¹⁶ Da die meisten (wenn auch nicht alle) Markenprodukte im Ausland billiger erhältlich sind als im Inland,¹⁷ hätte der Vorschlag zu einem umfassenden Kontrahierungszwang ausländischer Lieferanten von Markenartikeln geführt.

Demgegenüber macht Art. 7a KG (in der ständerätlichen Fassung) den Kontrahierungszwang von weiteren Voraussetzungen abhängig, nämlich u.a. von der öffentlichen Bekanntgabe eines Preises im Ausland oder vom "Angewiesensein" der Nachfrager auf die betreffenden Produkte. Die Norm geht also einerseits weniger weit als die Motion *Birrer-Heimo*, da kein allgemeiner Kontrahierungszwang angeordnet wird, sondern einschränkende Tatbestandsmerkmale aufgestellt werden. Andererseits entfällt die Einschränkung auf Markenartikel: Sämtliche Waren und Dienstleistungen werden erfasst.¹⁸

3. Bewertung

Die Norm verfolgt ein berechtigtes Anliegen: Konsumenten und Unternehmen sollen nicht deshalb benachteiligt werden, weil sie aus der Schweiz kommen. Für die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Mittelstands ist es wichtig, dass die schweizerischen

¹⁴ Hierbei handelt es sich offenbar um ein Redaktionsversehen. "Dort" verweist als deiktisches Zeichen auf den letzten räumlichen Begriff, was im Kontext von Art. 7a Abs. 1 KG die Schweiz ist. Gemeint ist aber offenbar das OECD-Ausland.

¹⁵ Art. 7a Abs. 2 KG verbietet ausserdem Massnahmen, die ausländische Lieferanten daran hindern, unaufgefordert an sie herangetragenen Bestellungen aus der Schweiz nachzukommen. Hiermit ist z.B. der Fall gemeint, dass ein Hersteller die Ausstellung von Ursprungszeugnissen verweigert, wodurch Parallelimporte erschwert oder ausgeschlossen werden.

¹⁶ Motion Nationalrat 11.3984 – Kartellgesetzrevision gegen unzulässige Preisdifferenzierungen, eingereicht von *Prisca Birrer-Heimo*.

¹⁷ S. die von Konsumentenorganisationen lancierte und vom Bund unterstützte Website www.preisbarometer.ch einerseits und die von VSIG Handel Schweiz betriebene Website www.weispreise.ch andererseits.

¹⁸ Wegen der thematischen Entsprechung von Art. 7a KG und Motion wurde im Ständerat der Minderheitsantrag auf Annahme der Motion *Birrer-Heimo* zurückgezogen.

KMU zu vergleichbaren Konditionen beschaffen können wie ihre ausländischen Konkurrenten.

Fraglich ist aber, ob die vorgeschlagene Norm diese Ziele erreichen kann. Zu unterscheiden ist zwischen den beiden Hauptkonstellationen. Die Lieferverweigerung soll einerseits dann unzulässig sein, wenn Unternehmen im Ausland einen Verkaufspreis öffentlich bekannt gegeben haben. Dies ist wegen der verbreiteten Pflicht zur Preisbekanntgabe gegenüber Konsumenten¹⁹ hauptsächlich bei Konsumgütern der Fall. Es wird beispielsweise der Fall erfasst, dass Versandhäuser oder Reisebüros bestimmte Waren oder Dienstleistungen im Internet anbieten. Schweizer Konsumenten hätten aufgrund des vorgeschlagenen Art. 7a KG einen Anspruch auf Vertragsabschluss zu ausländischen Konditionen. Die Konsequenzen dieser Regel hängen vom Verbraucherverhalten ab: Wenn die Konsumenten in einem Ausmass von der Möglichkeit ausländischer Direktbelieferung Gebrauch machen, dass die Aufrechterhaltung der schweizerischen Vertriebskanäle nicht mehr lohnenswert ist, wird es zu einem Abzug der Schweizer Verteilstätten kommen. Belieferung wäre dann nur noch aus dem Ausland möglich. Die Bewertung dieses Vorgangs hängt davon ab, wie hoch der Stellenwert inländischer Distribution im jeweiligen Kontext einzuschätzen ist.

In der zweiten Tatbestandsvariante kommt es zu einer Ausschaltung des "Zuschlags Schweiz" nur dann, wenn die (Schweizer) Nachfrager auf die betreffenden Waren oder Leistungen "angewiesen" sind. Art. 7a Abs. 1 lit. b KG schreibt abschliessend vor, dass das Angewiesensein entweder auf den Erwartungen der Kunden (der Nachfrager) oder auf einem früheren Kaufentscheid beruhen muss. Mit der ersten Fallgruppe sind *must stock*-Produkte gemeint, z.B. – nach der öffentlichen Debatte zu schliessen – Nivea, Coca-Cola oder Elmex. Auf früherem Kaufentscheid kann der Erwerb von Software-Updates oder Ersatzteilen beruhen. Bei vielen in der Diskussion und auch vom Ständerat genannten Gegenständen ist die Tatbestandsmässigkeit aber fraglich, z.B. bei Schreibwaren, Kleidung, Holz, Möbel, Bier oder allgemeinen Produktionsmitteln. Art. 7a KG hat also Kompromisscharakter: Es soll nicht zu einem allgemeinen Verbot der Preisdifferenzierung im Verhältnis zum Ausland kommen. Kontrahierungszwang soll vielmehr auf bestimmte Fallgruppen beschränkt sein, denen das Merkmal des Angewiesenseins gemein ist.

4. Spezialregeln für Unternehmen im Ausland?

Der Plan einer Spezialregel für Unternehmen im Ausland wirft zunächst die Frage der Durchsetzbarkeit auf. Gewiss, das Kartellgesetz wendet sich gem. Art. 2 Abs. 2 KG an alle, auch an ausländische Unternehmen. Die Wettbewerbskommission ist wiederholt gegen ausländische Unternehmen vorgegangen. Bisweilen lief das Verfahren allerdings gegen die Schweizer Tochtergesellschaft (so z.B. im *Nikon-Fall*²⁰). Auch wenn, wie im *BMW-Fall*,²¹ die ausländische Muttergesellschaft Adressatin des Verfahrens war, hätte allerdings eine Schweizer Tochtergesellschaft zur Verfügung gestanden. Es stellt sich die Frage, wie gross die Erfolgsaussichten eines Verfahrens sind, wenn der Lieferant keine Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten in der Schweiz hat. Das Kooperationsabkommen mit der EU wird aufgrund des überschüssenden Charakters von Art. 7a KG nicht weiterhelfen. Zweifel an der praktischen Wirksamkeit der neuen Vorschrift sind insoweit erlaubt.

Gravierendere Bedenken ergeben sich aus der Eingrenzung des geographischen Anwendungsbereichs von Art. 7a KG auf Lieferungen aus OECD-Staaten. Es soll offenbar nicht jeder internationale Preisunterschied relevant sein, sondern nur Abweichungen im

¹⁹ Für die EU s. Richtlinie 98/6/EG über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl. 1998 L 80/27.

²⁰ Unten Fn. 56.

²¹ Unten Fn. 57.

Verhältnis zu ausgewählten Industriestaaten.²² Die Einschränkung auf die OECD erscheint willkürlich. Warum sind Lieferungen aus Chile, Mexiko und der Türkei erfasst, solche aus Bulgarien, Lettland, Liechtenstein, Litauen oder Rumänien aber nicht? Da nicht alle EU-Mitgliedstaaten zugleich OECD-Mitglieder sind, würde die Vorschrift Probleme mit der EU heraufbeschwören. Bekanntlich reagiert die EU auf eine Ungleichbehandlung ihrer Mitgliedstaaten negativ, zumal die Norm auch Waren betrifft, also in den Gegenstandsbereich des Freihandelsabkommens von 1972 fällt.²³

Es ist zudem ein Novum, eine kartellrechtliche Norm zu schaffen, die sich ausschliesslich gegen Verhaltensweisen im Ausland richtet. Das Kartellrecht wird oft in sportlicher Metapher als System von Spielregeln bezeichnet, die von allen Akteuren zu beherzigen sind. Nun stellt man Regeln auf, die sich nur an Lieferanten im Ausland richten. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob man diesen Weg beschreiten möchte. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch Preisunterschiede innerhalb der Schweiz bestehen. Sollen hier die Regeln über unzulässige Preisdifferenzierung nicht gelten? Es erscheint vorzugswürdig, Tatbestände zu entwickeln, die vom Unterschied zwischen In- und Ausland abstrahieren. Geradezu unter Protektionismusverdacht steht Art. 7a Abs. 3 S. 2 KG in der vom Ständerat beschlossenen Fassung. Hiernach kommt für Preisdifferenzierung eine Effizienzrechtfertigung in Betracht, "wenn andere Preise oder Geschäftsbedingungen in anderen Ländern notwendig sind, um diese als neue Exportmärkte zu erschliessen". Ausweislich der Diskussion im Ständerat soll hierdurch eine Ausnahme für exportorientierte Unternehmen aus der Schweiz geschaffen werden. Diese sollen die Preise zulasten der Schweiz differenzieren dürfen, soweit dies zur Erschliessung ausländischer Märkte erforderlich ist.²⁴ Hier wird ungleiches Recht geschaffen: Während ausländische Lieferanten billig liefern müssen, dürfen inländische Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen Preisdifferenzierungen zu Lasten Schweizer Kunden aufrechterhalten. Mit dem Ideal gleich langer Spiesse hat dies nichts mehr zu tun.

5. Verhältnis zum Recht des geistigen Eigentums

Zudem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 7a KG und dem Recht des geistigen Eigentums. 2009 hat die Schweiz (einseitig) die EWR-weite Erschöpfung im Patentrecht eingeführt.²⁵ Mit einverständlichem Inverkehrbringen des patentgeschützten Gegenstands in einem EWR-Mitgliedstaat erschöpft sich das schweizerische Einfuhrrecht. Der Import patentgeschützter Gegenstände aus Nicht-EWR-Staaten kann demgegenüber unterbunden werden. Es ergeben sich Reibungen zu Art. 7a KG: Sollen Länder, aus denen der Import patentgeschützter Erzeugnisse unterbunden werden kann, trotzdem in den Preisvergleich nach Art. 7a KG einbezogen werden? Der Bezug auf die OECD (und damit auf die USA etc.) legt dies nahe. Das Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund der bloss euroregionalen Erschöpfung nicht stimmig.

Dahinter steckt ein allgemeines Problem: Art. 3 Abs. 2 KG ist nach ganz überwiegender Auffassung veraltet.²⁶ Die Vorschrift sollte entweder umformuliert²⁷ oder gänzlich gestrichen werden.²⁸ Das Thema sollte im Rahmen der KG-Revision aufgegriffen werden.

²² In der Diskussion war auch eine Eingrenzung auf die Nachbarländer der Schweiz oder auf die EWR-Mitgliedstaaten. Schliesslich wurde die OECD als Bezugspunkt gewählt, um die Softwarelieferanten aus Nordamerika einzubeziehen.

²³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 22.7.1972, SR 0.632.401.

²⁴ Ständerat, Frühjahrssession 2013, 21.3.2013, Geschäft 12.028 – Kartellgesetz.Änderung, AB 2013, 341.

²⁵ S. Art. 9a PatG.

²⁶ S. z.B. *Reto M. Hilty* in Basler Kommentar Kartellgesetz (2010) Art. 3 Abs. 2 KG Rn. 13 ff.

²⁷ *Andreas Heinemann*, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? Eine kritische Analyse, in: *Roger Zäch* (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten? (2009) 43 (58).

C. Fusionskontrolle

Mit eher hoch angesetzten Umsatzschwellen und einem anspruchsvollen Eingreifkriterium ist die Fusionskontrolle relativ zurückhaltend ausgestaltet. Behördliches Eingreifen ist nur dann möglich, wenn durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird und hierdurch der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann.²⁹

Bundesrat und Ständerat schlugen den Übergang zum SIEC-Test vor, der in der EU gilt.³⁰ Zu den Vorteilen des SIEC-Tests gehören die klarere Erfassung der nicht-koordinierten Effekte im Oligopol und die Berücksichtigung fusionsspezifischer Effizienzvorteile. Zu den Nachteilen zählt der möglicherweise grössere Analyseaufwand. Zudem stellt sich die Frage, ob ein relativ kleines Land eine strengere Fusionskontrolle benötigt.³¹

Bei der Wahl des Eingreifkriteriums sollte aber auch das Zusammenspiel der Fusionskontrolle in der Schweiz und in der EU eine Rolle spielen. Die KG-Revision zielt darauf ab, aufwendige Doppelprüfungen zu vermeiden und bei europaweiten Zusammenschlüssen, die bereits von der Europäischen Kommission geprüft werden, auf ein Verfahren in der Schweiz zu verzichten. Es erscheint nicht sinnvoll, eine Arbeitsteilung mit der EU einzuführen, ohne einen einheitlichen Prüfungsstandard zugrunde zu legen. Der Übergang zum SIEC-Test ist deshalb zu begrüßen. Wie in der EU sollte aber die Marktbeherrschung als Beispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs aufgeführt werden.³² Hierdurch wäre klargestellt, dass die bisherige Praxis bei der Anwendung des neuen Rechts weiterhin berücksichtigt werden kann.

D. Institutionen

Die Weko besteht aktuell aus zwölf Mitgliedern, die mehrheitlich unabhängige Sachverständige sein müssen.³³ Die Kommission folgt dem Milizprinzip; ihre Mitglieder einschliesslich des Präsidenten sind nebenberuflich tätig. Die Entscheide werden durch das (vollamtlich tätige) Weko-Sekretariat vorbereitet, Art. 23 KG. Auf der Grundlage einer Studie zu institutionellen Fragen³⁴ schlug die Evaluationsgruppe vor, die Unabhängigkeit der Kommission zu stärken, nämlich auf den Einsitz von Interessenvertretern zu verzichten und die Wahrnehmung von Verwaltungsratsmandaten zu untersagen. Ausserdem plädierte sie für eine Professionalisierung, nämlich Verkleinerung der Kommission auf drei bis fünf Mitglieder einerseits und Erhöhung des Anstellungsgrads mit vollamtlichem Präsidium andererseits.³⁵

Der Bundesrat folgte in seiner Botschaft dieser Empfehlung nicht, sondern schlug einen radikalen Wandel vom Behörden- zum Gerichtssystem vor: Das Sekretariat soll zur Wettbewerbsbehörde umgewandelt werden, der aber für den Bereich der Wettbewerbsabreden und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen die Entscheid- und Bussgeldkompetenz entzogen wird. Die Wettbewerbsbehörde wäre darauf beschränkt, Antrag beim

²⁸ Adrien Alberini in Commentaire Romand, Droit de la concurrence (2. Aufl. 2013) Art. 3 II LCart, Rn. 111.

²⁹ Letzterem Merkmal kommt eigenständige Bedeutung zu, BGE 133 II 104 – *Swissgrid*.

³⁰ Die Intervention würde dann nicht mehr auf den Marktbeherrschungstest gestützt, sondern auf die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs (Significant Impediment to Effective Competition, SIEC).

³¹ Skeptisch Reto A. Heizmann/Lorenzo D. Togni, Neuregelung der Zusammenschlusskontrolle, in: Zäch/Weber/Heinemann (Fn. 5) 105 ff.; Adrian Künzler/Roger Zäch, Revision der schweizerischen Fusionskontrolle – Einführung eines Konsumentenwohlfahrtsstandards?, AJP 2013 754 ff.

³² Heizmann/Togni (Fn. 31) 115. Bundes- und Ständerat haben hierauf verzichtet.

³³ Vgl. Art. 18 Abs. 2 KG: Das Gesetz sieht einen Rahmen von 11 bis 15 Mitgliedern vor.

³⁴ Carl Baudenbacher, Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliches Verfahren (2009) 3 ff.

³⁵ Evaluationsgruppe Kartellgesetz (Fn. 2) 106 ff.

Wettbewerbsgericht, nämlich dem Bundesverwaltungsgericht zu stellen. Das Bundesverwaltungsgericht entschiede in erster Instanz.

Der Ständerat ist diesem Vorschlag nicht gefolgt.³⁶ Der Bundesrat begründet seinen Vorschlag u.a. damit, dass die aktuelle institutionelle Ausgestaltung "rechtsstaatliche Probleme"³⁷ aufweise. Dies ist nicht der Fall: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat am Beispiel Italiens geklärt, dass die Bussgeldkompetenz einer Kartellbehörde mit Art. 6 EMRK vereinbar ist, wenn anschliessend gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung steht, der sowohl eine Prüfung der Tatsachenfeststellungen als auch der rechtlichen Aspekte sowie eine Kontrolle der Sanktionshöhe beinhaltet.³⁸ Das Bundesgericht hat dies im *Publigroupe*-Entscheid bestätigt.³⁹

Auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit empfiehlt es sich, es bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zu belassen. Der Übergang zu einem Gerichtssystem würde die Verfahren verlängern, da mit der Einführung neuen Materials erst in der gerichtlichen Phase zu rechnen wäre.⁴⁰ Das Behördensystem ist in Europa am meisten verbreitet und gilt insbesondere auch in den europäischen Staaten mit der reichsten Kartellrechtspraxis. Die Lage in Europa ist mit der Situation in den USA nicht vergleichbar: Zwar muss die Antitrust Division des US-Justizministeriums Antrag bei Gericht stellen. 90 Prozent aller Verfahren werden aber im Wege des *private enforcement* betrieben.

E. Kartellzivilrecht

Von grosser praktischer Wirksamkeit ist das Kartellzivilrecht in der Schweiz weit entfernt. Nur vereinzelt nehmen die Opfer von Kartellverstössen ihr Recht selbst in die Hand und ziehen vor ein Zivilgericht. Angesichts der komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge ist die Beweisführung schwierig. Ausserdem steht mit dem Verfahren vor der Weko eine Alternative zur Verfügung, bei der kein Kostenrisiko entsteht. Gelegentlich wird das Kartellrecht defensiv geltend gemacht, nämlich als Einwand der Nichtigkeit gegenüber Ansprüchen aus einem kartellrechtswidrigen Vertrag.⁴¹ Seltener ist die aktive Geltendmachung, beispielsweise in der Form von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen (Art. 12 KG).⁴²

Die geringe praktische Bedeutung des Kartellzivilrechts hat unterschiedliche Gründe.⁴³ Der Bundesrat schlägt Verbesserungen vor: Die Aktivlegitimation soll auf Konsumenten ausgedehnt werden, und während des kartellbehördlichen Verfahrens soll die zivilrechtliche Verjährung ruhen. Diese Vorschläge sind zu begrüssen, reichen aber nicht aus.⁴⁴ Während

³⁶ Ablehnend u.a. auch *Marino Baldi*, Für eine "informierte" Wettbewerbspolitik, *AJP* 2012 1183 (1187); *Carl Baudenbacher*, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, *Jusletter* vom 11. 7. 2011; *Stephan Breitenmoser/Philipp J. Dannacher*, *NZZ* v. 28.8.2012, 19; *Andreas Kellerhals*, Soll die Wettbewerbskommission abgeschafft werden?, in: *Zäch/Weber/Heinemann* (Fn. 5) 63 ff. Befürwortend u.a. *Franz Hoffet*, Das schweizerische Kartellgesetz – eine Dauerbaustelle?, *FS Canenbley* (2012) 227 (230 ff.); *Eric Scheidegger*, *NZZ* v. 28.8.2012, 26; *Zirlick/Lüthi/Stüssi* (Fn. 5) 30 ff.

³⁷ Botschaft (Fn. 3) 3939.

³⁸ EGMR, 27.9.2011, Requête n° 43509/08 – *A. Menarini Diagnostics*, N. 57 ff. (abrufbar unter hudoc.echr.coe.int).

³⁹ BGE 139 I 72.

⁴⁰ *Johann Zürcher*, Kurze Anmerkungen zu einer langen Übung, *Die Volkswirtschaft* 3-2012 65.

⁴¹ So z.B. in BGE 134 III 438.

⁴² S. zuletzt BGer v. 23.5.2013, 4A_449/2012 – *Etivaz*. Das Bundesgericht grenzte einen eigenen relevanten Markt für Hartkäse der AOC Etivaz ab, gelangte auf diesem Weg zu einer marktbeherrschenden Stellung der Etivaz-Genossenschaft und sprach dem Kläger einen kartellrechtlichen Anspruch auf Aufnahme in die Genossenschaft zu. Allerdings lehnte das Bundesgericht im Gegensatz zur Vorinstanz einen Schadenersatzanspruch ab, da der Kläger erst später die materiellen Anforderungen des AOC-Pflichtenhefts erfüllte und bis zu diesem Zeitpunkt keinen AOC-bedingten Mehrerlös hätte erzielen können.

⁴³ Zum folgenden s. näher *Andreas Heinemann*: Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts (2009) 50 ff.

⁴⁴ Vgl. *Andreas Heinemann*, Kartellzivilrecht, in: *Zäch/Weber/Heinemann* (Fn. 5) 137 ff.

Sammelklagen auf *opt out*-Basis im gegenwärtigen Stadium verfrüht erscheinen, ist es erforderlich, den Verbänden der Konsumenten und Unternehmen das Recht zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auf *opt in*-Grundlage einzuräumen. Die Verlängerung der einjährigen relativen Verjährungsfrist in Art. 60 Abs. 1 OR auf drei Jahre ist indiziert. Der Zugang zu Beweismitteln im Besitz der anderen Partei ist zu verbessern. Ausserdem ist rechtskräftigen Behördenentscheiden Bindungswirkung für den Zivilprozess einzuräumen. Strafschadenersatz ist hingegen mit den Grundsätzen des Haftpflichtrechts nicht zu vereinbaren.⁴⁵

Nicht gefolgt werden sollte dem in der Botschaft gemachten Vorschlag, kartellzivilrechtlichen Schadenersatz angemessen auf die direkten Sanktionen anzurechnen. Vergünstigungen sollte es für den Kartelltäter nur geben, wenn er aktive Anstrengungen zur Entschädigung seiner Opfer unternimmt, nicht aber, wenn er sich bis zuletzt weigert, berechtigten Forderungen nachzukommen. Einigt sich der Täter mit dem Opfer oder trifft er eine Schiedsvereinbarung und übernimmt die Kosten des Verfahrens, sollte dies als mildernder Umstand bei der Berechnung der direkten Sanktion berücksichtigt werden.⁴⁶

F. Strafsanktionen

Die Motion Schweiger⁴⁷ enthält zwei Teile: Einerseits sollen die Unternehmen bei Praktizierung angemessener Compliance-Programme entlastet werden. Andererseits sollen die Anreize der Manager zu kartellrechtskonformem Verhalten durch strafrechtliche Individualsanktionen erhöht werden. Bundesrat und Ständerat haben sich dem ersten Teil der Motion angeschlossen, den zweiten hingegen abgelehnt. Die Einführung von Individualsanktionen wäre nicht ohne grössere Anpassungen beim Strafverfolgungsapparat möglich und würde die Einführung einer sektoralen Kronzeugenregelung in das Strafrecht erfordern.⁴⁸

III. Gerichtsentscheide

In der Rechtssache *Terminierung Mobilfunk*⁴⁹ stellte das Bundesgericht hohe Anforderung an den Tatbestand der "Erzwingung" unangemessener Preise i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG und wich hiermit deutlich von der Auslegung des gleichen Begriffs im europäischen Kartellrecht ab.⁵⁰ Der Ständerat möchte die Weiche zu Recht zurückschalten, indem das Wort "Erzwingung" durch den schwächeren Term "Festlegung" ersetzt werden soll. In der Frage nach dem Einfluss europäischen auf das schweizerische Kartellrecht hat das Bundesgericht bereits selbst den Kurs korrigiert. Im *Publigroupe*-Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass "das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert", weshalb auch die Praxis zu Art. 102 AEUV bei der Auslegung von Art. 7 KG zu berücksichtigen sei.⁵¹ Hier werden deutlich andere Akzente gesetzt als in der Entscheidung zum Terminierungsfall, die dem Kartellgesetz von 1995 "keinen besonderen

⁴⁵ In dieselbe Richtung zielt der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über kartellrechtliche Schadenersatzklagen COM(2013) 404 final v. 11.6.2013, der in Art. 10 Abs. 4 allerdings eine Verjährungsfrist von mindestens fünf Jahren vorsieht.

⁴⁶ Heinemann (Fn. 44) 148 ff.

⁴⁷ Motion Ständerat 07.3856 – Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, eingereicht von Rolf Schweiger.

⁴⁸ S. beispielsweise die Diskussion bei Wolfgang Wohlers, Individualsanktionen gegen Manager, in: Zäch/Weber/Heinemann (Fn. 5) 209 ff.

⁴⁹ BGE 137 II 199.

⁵⁰ Die inhaltliche Berechtigung dieser Abweichung ist fraglich; s. die umfassende Analyse von Michael Vlcek, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung (2013).

⁵¹ BGE 139 I 72 (89).

europapolitischen Hintergrund" einräumen wollte.⁵² Der *Publigroupe*-Entscheid ist darüber hinaus von besonderer Bedeutung, weil er höchstrichterlich die Vereinbarkeit der institutionellen Ausgestaltung des Kartellrechtsapparats mit rechtsstaatlichen Grundprinzipien festgehalten hat.⁵³

Von grosser Tragweite wird die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sein. Die Wettbewerbskommission hat in etwa 20 Fällen direkte Sanktionen ausgesprochen. Ungefähr die Hälfte dieser Fälle ist beim Bundesverwaltungsgericht hängig. Der Ausgang dieser Verfahren wird einen wesentlichen Einfluss auf die Substanz des schweizerischen Kartellrechts haben.

IV. Praxis der Weko

Für die Entscheidpraxis der Weko sei auf deren Jahresberichte⁵⁴ und die einschlägige Berichterstattung verwiesen.⁵⁵ Auch wenn die Behörde mit zahlreichen unterschiedlichen Problemen und Fällen beschäftigt war und ist, können zwei Schwerpunkte identifiziert werden, nämlich harte Kartelle und Marktabstimmung. Die geahndeten Kartelle bezogen sich auf Elektroinstallationsbetriebe, Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen, den Bausektor, die Immobilienverwaltung und die Luftfrachtpedition. Zur Sanktionierung von Marktabstimmungen kam es bei Zahnpasta, Kameras, Kraftfahrzeugen, Tonträgern und französischsprachigen Büchern. In den Fällen *Nikon*⁵⁶ und *BMW*⁵⁷ wurden beispielsweise "EWR-Klauseln" nachgewiesen, die es Händlern in der EU untersagten, die gelieferten Produkte an Kunden ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraums zu liefern.

Parallelimporte in die Schweiz wurden hierdurch unterbunden.

Sowohl im Kartellbereich als auch hinsichtlich der Gefahr von Marktabstimmungen laufen zahlreiche weitere Verfahren. Besonders zu erwähnen sind ausserdem die Verfahren zum Missbrauch marktbeherrschender Stellungen, die häufig sehr branchentypische Merkmale aufweisen.

V. Ausblick

Die Möglichkeit der Verhängung direkter Sanktionen ist jüngeren Datums. Seither konnte sich eine rege Verwaltungspraxis entwickeln. Die gerichtliche Beurteilung dieser Praxis steht allerdings noch am Anfang. Einen wichtigen Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts wird das kartellrechtliche Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU leisten.⁵⁸ Durch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit wird den Kartellbehörden die Beweisführung erleichtert. Bescheidener erscheinen hingegen die Perspektiven der zivilrechtlichen Durchsetzung: Die im Rahmen der KG-Revision angedachten Schritte sind zu vorsichtig. Hier sollte noch einmal nachgebessert werden.

⁵² BGE 137 II 199 (209).

⁵³ S.o. II D.

⁵⁴ Abrufbar unter www.weko.admin.ch/dokumentation/00226.

⁵⁵ S. z.B. *Christian Bovet/Adrien Alberini*, Recent Developments in Swiss Competition Law, SZW 2011 206 ff.; SZW 2012 150 ff.; *Kevin Hubacher*, Schweizer Kartellrecht 2012 – ein Jahresrückblick, Jusletter 11. März 2013; *Reto Jacobs*, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2012 215 ff.; SJZ 2013 207 ff.; *Michael Vlcek/David Mamane*: Kartellrecht – Entwicklungen 2011 (njus 2012); *Julia Xoudis*, Droit de la concurrence – Chronique, JdT 2012 I 107 ff.

⁵⁶ Weko, 28.11.2011 – *Nikon*, Untersuchung 22-0396 (noch nicht in RPW veröffentlicht, abrufbar unter www.weko.admin.ch/aktuell/00162).

⁵⁷ Weko, 7.5.2012 – *BMW*, RPW 2012, 540.

⁵⁸ S. die Botschaft des Bundesrats v. 22.5.2013 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, BBl 2013 3959.